# تعارض البينات فى الفقه الاســلامى
# مع بيان اتجاه كل من الفقه والقضاء المصرى

دكتور . محمد حسن عبد الرحمن
مدرس القانون المدنى بالكلية

## بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب العالمين . يحق الحق ويبطل الباطل ، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله أجمعين خير من دعا الى الحق وهداه ربه الى الصراط المستقيم . وعلى آله وأصحابه الذين كان الحق رائدهم فرضى الله عنهم أجمعين .

أما بعـــد ..

فان اثبات الملكية فى الفقه الاســـلامى وفى القانون الوضعى من أهم ما يعرض على القضاء ويشغل بال المتخاصمين ، الامر الذى يجعلهم يهتمون بتقديم الدليل والمســـتند الذى يؤيد دعواهم ، ويصل بهم الى حقوقهم ، ولمـــا كان من حق كل من المدعى والمدعى عليه أن يتقدم بما يشاء من أدلة للوصول الى حقه ، فقد تتعارض الادلة ، مما ينبغى معه على المحكمة ان تفاضل بين هـــذه الادلة .

لهـــذا ســـنقوم — بعون الله تعالى وبتوفيقه — بدراســـة هـــذا الموضوع فى فقه الشريعة الاسلامية مع بيان اتجاه الفقه المدنى والقضاء المصرى عند تعارض طرق اثبات الملكية العقارية .

ففى الشريعة الاسلامية — وقبل أن نعرض لآراء فقهائها فى تقديم أى البينتين على الاخرى ، ينبغى أن نعرف معنى التعارض بين البينتين ، ومن هو المدعى ؟ ومن هو المدعى عليه ؟

فالتعارض بين البينتين كما يراه فقهاء الحنابلة : هو التقابل بينهما من كل وجه يقال تعـــارضت البينتات اذا تقابلتا — فتعـــارض البنيتين

اختلافهما بأن تثبت كل منهما ما نفته الإخرى بحيث لا يمكن الجمع بينهما[١] .

ولمـا كانت البينتـان يتقدم بهما المدعى والمدعى عليه — فقد أورد الفقهاء أحكاما للمدعى وأحكاما للمدعى عليه وهى تختلف بالنسبة لمـا يجب على كل منهما عملا بنص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر »[٢] .

وقوله صلى الله عليه وسلم للخضرمى[٣] حين ادعى عنده ألك بينة قال لا : قال عليه الصلاة والسلام فلك يمينه[٤] ... الخ آخر الحديث .

والحكمة من جعل البينة على المدعى . واليمين على المدعى عليه أن المدعى يقول بغير الظاهر فجـانبه ضعيف لذا كلف بالحجة القوية وهى البينة لتقوى جانبه .

أما المدعى عليه فجـانبه قوى لأن الاصل براءة الذمة فهو بريىء مما يدعيه المدعى واليد دليل ظاهر على الملك فلذا اكتفى منه باليمين وهى حجة ضعيفة أما عن معرفة المدعى والمدعى عليه فلفقهاء الشريعة الاسلامية فيهما ثلاثة اتجـاهات .

**الاول** : ويرى ان المدعى هو من يخبر عما فى يد غيره لنفسـه .

---

(١) أنظر فى هـذا شرح منتهى الارادات مطبعة أنصار السنة المحمدية جـ٣ ص٥٣٠ ، كشاف القنـاع عن متن الاقتنـاع للبهوتى جـ٦ ص٣٩٨ ، والاقناع لقاضى دمشق العلامة أبى النجا شرف الدين موسى الحجـاوى المكتبة التجـارية جـ٤ ص٤٢٧ .

(٢) أنظر فى هـذا سنن الترمذى جـ٣ ص٦١٨ ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ٥ ص٢٤٧ ، سبل السلام للصنعانى مكتبة عاطف جـ٤ ص١٤٨٤ .

(٣) هو ربيعة بن عيدان بن وائل بن ذى طواف الخضرمى ويقال له الكندى انظر فى هـذا الاصابة فى تمييز الصـحابة مطبعة مصطفى محمد جـ١ ص٤٩٧ ، أسد الغابة جـ٢ ص٢١٥ .

(٤) أنظر فى هـذا صـحيح مسلم بشرح النووى جـ١ ص٣٤٤ ، سنن الترمذى جـ٣ ص٦١٦ .

والمدعى عليه هو من يخبر عما فى يده لنفسه والى هـذا ذهب فقهاء الاحنـاف(٥) .

**الثانى** : ويرى أن أصل معرفة المدعى والمدعى عليه أن ينظر الى من ليس الشيء فى يده يدعيه هو وغيره — فيجعل المدعى من يكلف البينة والمدعى عليه من كان الشيء فى يده ولا يحتاج الى سبب يدل على صدقه بدعواه الا قوله ، والى هـذا ذهب فقهاء الشافعية(٦) .

**الثالث** : ويرى أن المدعى هو الخارج الذى يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه واذا سكت عن الطلب ترك .

أما المدعى عليه فهو الداخل الذى يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه ، واذا سكت عن الجواب لم يترك بل يقضى لغيره بما ادعاه(٧) .

أما عن اختلاف الفقهاء فى تقديم احدى البينتين على الاخرى فنجد لهم فى هـذه المسألة عدة آراء :

**الاول** : ويرى تقديم بينة المدعى « حائز المال » على بينة مدعى الملكية والى هـذا ذهب بعض الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الامامية(٨) .

---

(٥) أنظر فى هـذا بدائع الصنائع للكاسانى الطبعة الثانية سنة ١٩٧٤ دار الكتاب العربى بيروت جـ٦ ص٢٢٢ ، المرغينانى فى الهداية على فتح القدير جـ٦ ص١٣٨ .

(٦) أنظر فى هـذا الام للشافعى الطبعة الثانية عام ١٩٧٢م دار المعرفة لبنان جـ٦ ص٢٢٧ .

(٧) أنظر فى هـذا الاقناع جـ٤ ص٤٢٣ ، كشاف القناع جـ٦ ص٣٨٤ ، شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٥١٨ .

(٨) أنظر فى هـذا للحنفية بدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص٢٣٤ ، المبسوط للسرخسى جـ١٧ ص٣٣ وللمالكية المدونة الكبرى للامام مالك جـ١٣ ص١٨٧ ، شرح الخرشى جـ٧ ص٢٤٢ وللشافعية الام للامام الشافعى جـ٦ ص٢٣٥ ، ص٢٣٨ ، مغنى المحتاج جـ٤ ص٤٨٠ وللحنابلة المغنى والشرح الكبير جـ١٢ ص١٨٢ ، القواعد لابن رجب القاعدة رقم ١٦ ص٣٩٤ وللظاهرية المحلى لابن حزم الظاهرى جـ٩ ص٤٣٦ ، للشيعة الامامية شرائع الاسلام ص٢٢٤ .

بمعنى أنه لو أثبت الحائز بشهادة الشهود مثلا أن حيازته مستوفية لشروطها ثم أثبت مدعى ملكية المال المحاز بنة مماثلة بملكيته لهذه الاموال التى يحوزها رجحت بينة الحائز بحيازته لهذه الاموال على بينة مدعى الملكية دون أن يطالب المدعى عليه بحلف اليمين وكما يرى فقهاء المالكية بأن السلعة لو كانت فى يد رجل يدعيها لنفسه ثم ادعاها رجلان كل منهما أقام البينة على أن هذا السلعة له وتكافأت البينات . لا تؤخذ الدار من الذى هى فى يده ، لان هاتين البينتين قد كذبت كل واحدة منهما صاحبتها فسقطتا . وقيل انهما لما تكافأتا صارا كأنهما لم يأتيا بشىء(٩) .

**الثانى** : ويشترط لتقديم بينة المدعى عليه على بينة المدعى أن يحلف المدعى عليه اليمين الشرعية . وذلك لقوله عليه والصلاة والسلام « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه »(١٠) ولان الظاهر من اليد الملك(١١) والى هذا ذهب ابن فرحون والبعض من فقهاء الشافعية والحنابلة(١٢) .

**الثالث** : ويرى تقديم بينة المدعى عليه على بينة المدعى اذا كانت بينة المدعى عليه قد اشتملت على شىء زائد بانتقال ذلك الشىء كأن تشهد بينته مثلا بأن الحائز مالك لما يحوزه بالميراث أو بالشراء أو بأى سبب آخر من أسباب كسب الملكية . أو قالت بينته مثلا أنها نتجت فى ملكه أو اشتراها

---

(٩) أنظر فى هذا الشرح الصغير جـ٤ ص٦٢ ، شرح الخرشى جـ٥ ص٢٣١ وبلغة السالك لاقرب المسالك جـ٢ ص٣٣٦ .

(١٠) أنظر صحيح مسلم بشرح النووى جـ٤ ص٣٠٠ ، سنن ابن ماجه جـ٢ ص٧٧٨ ، نيل الاوطار جـ٨ ص٣٠٥ .

(١١) أنظر فى هذا الاقناع جـ٤ ص٤٢٠ ، المغنى والشرح الكبير جـ١٢ ص١٦٣ .

(١٢) أنظر فى هذا للمالكية تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص٢٠٩ ، وللشافعية الشيرازى جـ٢ ص٣١٢ ، والحنابلة المغنى والشرح الكبير جـ١٢ ص١٦٧ .

نسجها أو كانت هـذه البينة أقدم تاريخا ففى هـذه الحالات جميعها تقدم بينة المدعى عليه لانها اشتملت على بيان زائد يقويها ويجعلها أولى بالتقديم والا قدمت بينة المدعى لانها الاصل . والى هـذا ذهب البعض من فقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية والشيعة الامامية(١٣) .

**الرابع** : وفيه يرى خليل(١٤) المالكى أن الحيازة الشرعية المستوفية للشروط تجعل دعوى مدعى ملكية المال المحاز غير مسموعة . وذلك لان الحيازة الشرعية المستوفية لشروطها تعتبر بينة أقوى من بينة مدعى الملكية ولا تقبل بينة مدعى الملكية الا اذا كانت خاصة باثبات — ان الحيازة عرضية كالايجار وما شابهه — ففى هـذه الحالة وحدها تكون الحيازة غير عاملة وتسمع بينة المدعى . ودليله فى ذلك أن الحائز للمال قد تصرف فيه وصاحبه حاضر ساكت فهـذا يعد اقرارا منه بملكية الحائز لهـذا المال الذى يحوزه(١٥) .

**الخامس** : واليه ذهب البعض من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة الامامية(١٦) . وفيه يرون أنه عند تعارض

---

(١٣) أنظر فى هـذا للمالكية المدونة الكبرى جـ١٣ ص١٩٢ ، وللحنابلة القواعد لابن رجب قاعدة رقم ١٦٠ ص٣٩٤ ، المغنى والشرح الكبير جـ١٢ ص١٨٢ وللظاهرية المحلى جـ٩ ص٤٣٦ وللشيعة الامامية شرائع الاسلام ص٢٢٤ .

(١٤) هو خليل بن اسحاق بن موسى ضياء الدين الجندى المالكى من اهل مصر تعليم بالقاهرة وولى الافتاء على مذهب مالك ومن أهم كتبه المختصر فى الفقه المالكى ترجم الى الفرنسية توفى سنة ٧٧٦ هجرية سنة ١٣٧٤م . انظر الاعلام للزركلى الطبعة الثالثة جـ٢ ص٣٦٤ .

(١٥) انظر مختصر خليل مكتبة دار احياء الكتب المصرية عيسى الحلبى ص٢٠٩ ، ص٢١٠ .

(١٦) أنظر فى هـذا للاحناف حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٥٧٠ ، تبيين الزيلعى جـ٤ ص٢٩٥ وهامش تبيين الحقائق جـ٤ ص٢٩٤ ، الكاسانى فى بدائع الصنائع جـ٦ ص١٧٣ ، للمالكية الشرح الكبير جـ٤ ص١٩٥ وللشافعية المهذب للشيرازى جـ٢ ص٣١٢ وللحنابلة المغنى لابن قدامة جـ١٠ ص٢٤٥ وللظاهرية المحلى لابن حزم جـ٩ ص٤٣٦ وللشيعة الامامية شرائع الاسلام ص٢٢٤ .

بينة المدعى والمدعى عيله تقديم بينة المدعى أى مدعى الملكية على بينة الحائز صاحب اليد سواء شهدت بينة المدعى بالملك المطلق وهو ادعاءها(١٧) الملك من غير بيان السبب بان تقول هـذا ملكه ولا تقل هـذا ملكه بسبب الشراء أو لارث أو نحو ذلك أو شـهدت مع بيان سبب الملك ففى جميع هـذه الاحوال تقوم بينة المدعى ولا يلتفت لبينة المدعى عليه صاحب اليد .

**السادس** : واليه ذهب البعض من فقهاء المالكية(١٨) وفيه يرون أنه اذا لم يمكن الترجيح بين البينتين بأى مرجح من المرجحات وأمكن الجمع بينهما جمع وقسم الشىء المحاز بين المدعى والمدعى عليه(١٩) .

**السابع** : واليه ذهب البعض من فقهاء الاحناف(٢٠) وفيه يرون أن البينتين تتهاويان أى كل واحدة تسقط صاحبتها ويبقى الشىء فى يد الحائز لانهما لما استوتا اسقطت كل منهما الاخرى فرجح واضع اليد بيده :

## الادلـــة

استدل أصحاب الرأى الاول القائلون بتقديم بينة المدعى عليه صاحب اليد على بينة مدعى الملكية بالآتى :

**أولا** : بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام — فقد روى أن رجلا ادعى بين يدى رسـول الله صلى الله عليه وسـلم نتاج ناقة فى يد رجل

---

(١٧) أنظر فى هـذا حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٥٧٠ .

(١٨) أنظر فى هـذا الشرح الكبير جـ٤ ص١٩٤ ، الشرح الصغير جـ٤ ص٦١ وقوانين الاحكام الفقهية لابن جزى ص٣٢٠ .

(١٩) ورد فى القواعد لابن رجب « اذا تعارضت البينتان ففيه ثلاثة آراء :

**الرأى الاول** : تسـقطان بالتعارض ويعتبران كمن لا بينة لهما .

**الرأى الثانى** : يقسـمان العين بينهما بدون يمين .

**الرأى الثالث** : يرجح أحدهما بالقرعة فمن خرج سـهمه خلف وأخذ العين . أنظر القواعد لابن رجب قاعدة ٦٠ ص٣٦٣ هامش .

(٢٠) أنظر فى هـذا بدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص٢٣٤ .

واقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك « فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد (٢١) .

**ثانيا :** قضاء الامام على كرم الله تعالى وجهه بين المدعى والمدعى عليه فى دابة حيث قضى بها لصاحب **اليد**(٢٢) .

**ثالثا :** ان ذا اليد له نوعا من الحجة اليد والبينة والمدعى له نوع واحد وهى البينة وذو الحجتين يترجح على صاحب الحجة الواحدة(٢٣) .

**رابعا :** ان المالك الساكت عن المطالبة بحقه بعد رؤيته للحائز وهو يبنى ويكرى لا حجة له عليه بل ولا تقبل بينته(٢٤) .

**خامسا :** ان البينتين « بينة المدعى وبينة المدعى عليه » تعارضنا فسقطتا فيبقى لصاحب **اليد** فيرجح بها(٢٥) .

واستدل أصحاب الرأى الخامس : القائلون بتقديم بينة المدعى على بينة المدعى عليه بما يأتى :

**أولا :** بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر »(٢٦) ففى هذا الحديث الشريف جعل النبى عليه الصلاة والسلام جنس البينة فى جانب المدعى فلا يبقى فى جانب المدعى عليه بينة واكتفى باليمين(٢٧) .

---

(٢١) أنظر فى هذا سنن الدارقطنى للحافظ على بن عمر الدارقطنى مطبعة دار المحاسن ج٤ ص٢٠٩ ، سبل السلام للصنعانى مكتبة عاطف ج٤ ص١٤٩٠ ، أقضية الرسول عليه السلام للشيخ أبى عبد الله محمد ابن فرج دار الكتاب العربى . الطبعة الاولى ص٦٧٨ .

(٢٢) أنظر فى هذا شرائع الاسلام ص٢٢٤ .

(٢٣) أنظر فى هذا الميسوط للسرخسى ج١٧ ص٣٣ .

(٢٤) أنظر فى هذا شرح الخرشى ج٥ ص٢٤٢ .

(٢٥) أنظر فى هذا المهذب للشيرازى ج٢ ص٣١٢ .

(٢٦) سبق تخريجه .

(٢٧) أنظر للمالكية الشرح الكبير ج٤ ص١٩٥ ، للحنابلة المغنى لابن قدامة ج١٠ ص٢٤٦ للظاهرية المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٣٦ وللشيعة الامامية شرائع الاسلام ص٢٢٤ .

**ثانيا :** قوله عليه الصلاة والسلام فى قضية الخضرمى والكندى للمدعى منهما الك بينة فقال لا . فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالى فقال صلى الله عليه وسلم ليس لك الا هــذا شاهداك أو يمينه(٢٨) فقضى عليه الصلاة والسلام للمدعى بالبينة وللمدعى عليه يحلف اليمين عند عجز المدعى عن البينة لان الظاهر من اليد الملك(٢٩) .

**ثالثا :** ان المدعى يدعى أمرا خفيا فيحتــاج الى اظهاره والبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس يخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة الا أنها لا تصلح أن تكون حجة مظهرة للحق فهى صــالحة للمدعى عليه لانه يتمسك بالظاهر(٣٠) .

**رابعا :** ان الملك أقوى من الحوز لان الحوز قد يكون بغير ملك فيقضى ببينة الملك لقوتها(٣١) .

**خامسا :** ان بينــة المدعى أكثر فائدة من بينة المدعى عليــه فوجب تقديمها عليها لانها أثبتت شــيئا لم يكن اما بينــة المدعى عليه انما اثبتت ظاهرا تدل اليد عليه فكم تكن مفيدة(٣٢) .

وبعد هــذا العرض الوجيز لآراء فقهاء الشريعة الاسلامية فى تعارض بينة المدعى وبينة المدعى عليه وأيهما تقدم بان لنا أنها مسألة خلافية بين فقهاء المذاهب الاسلامية بل بين فقهاء المذهب الواحد .

وبالرجوع الى كل مذهب على حده يتضح لنا أن الرأى الراجح عند فقهاء المــالكية والشافعية هو تقديم بينة المدعى عليه على بينة المدعى فى جميع

---

(٢٨) ســبق تخريجه .
(٢٩) انظر فى هذا للاحناف المبسوط للسرخسى ص١٧ جـ٣٠ وللحنابلة المغنى والشرح الكبير جـ ٢ ص ١٦٣ والاقناع جـ ٤ ص ٤٢٠ .
(٣٠) انظر فى هذا البدائع للكاسانى جـ ٦ ص ٢٢٥ .
(٣١) انظر فى هذا تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٢٠٩ .
(٣٢) انظر فى هذا المغنى لابن قدامة والمغنى والشرح الكبير جـ ١٢ ص ١٣٨ .

الاحوال(٣٣) وأن للحائز مركزا متميزا عن مركز مدعى الملكية فالحـــائز فى الرأى الغالب عند فقهاء المالكية لا يطالب بشىء أكثر من وضع يده ، وانما عبء الاثبات يقع على مدعى الملكية ، وهـــذا عملا بنص الحديث النبوى « البينة على المدعى واليمين من أنكر »(٣٤) .

وعليه فان استطاع المدعى احضـــار البنة طولب الحـــائز باثبـــات ملكيته فان أحضر البينة جعلت فى مقابل بينة مدعى الملكية وأصـــبح الشىء للحائز لانه فى حيازته . اما اذا لم يستع المدعى اثبات ملكيته فان حيـــازة المدعى عليه المستوفية لشروطها تعتبر قاطعة لحجة مدعى الملكية دون أن يطالب بتقديم البينـــة(٣٥) .

أما بالنسبة لفقهاء الحنابلة والظاهرية والشـــيعة الامامية فان الرأى الراجح عندهم كما يظهر لى هو تقـــديم بينة المدعى على بينة المدعى عليه الا فى الحالات التى تتضمن فيها بينة المدعى بيانا زائدا كبيان سبب ملكيته للمال الذى فى يده كان يقول مثلا هـــذا المـــال ملكى بسبب الشراء أو الارث أو غير ذلك(٣٦) .

وهـــذا الرأى يعد استثناء على القاعدة الواردة فى حديث المصطفى عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى اليمين على من أنكر » فهـــذا الاستثناء يعطى المدعى عليه الفرصة للدفاع عن مصلحته .

---

(٣٣) انظر للمالكية المدونة الكبرى للامام مالك ج ١٣ ص ، الخرشى ج ٧ ص ٢٤٢ وللشـافعيـــة الام للامام الشافعى ج ٦ ص ٢٣٦ — ٢٣٨ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣١٢ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٨٠ .

(٣٤) سبق تخريجه ص

(٣٥) أنظر فى هـــذا المدونة الكبرى للامام مالك ج١٣ ص١٨٢ .

(٣٦) أنظر فى هـــذا للحنابلة المغنى والشرح الكبير ج١٢ ص١٨٢ وللظاهرية المحلى لابن حزم الظاهرى ج٩ ص٤٣٦ وللشيعة الامامية شرائع الاسلام ص٢٢٤ .

أما بالنسبة لفقهاء الحنفية فان الرأى الراجح عندهم تقديم بنية المدعى على بينة المدعى عليه(٣٧) .

وبذلك يمكن القول بأن الراى الغالب لفقهاء الشريعة الاسلامية يقضى بتقديم بينة المدعى عليه ذى اليد على بينة مدعى الملكية وقد استند هذا الرأى على أدلة قوية وأسباب عملية تقدم ذكرها(٣٨) .

اما لو نظرنا الى الفقه القانونى وموقفه من تعارض البينات نجد انه قبل التعرض لهذا الموضوع يكون من المستحسن التمهيد بمعرفة ماهية دعوى الحيازة ، ودعوى الملكية ثم معرفة دور الحيازة فى اثبات ملكية العقار .

فدعوى الحيازة لا تحمى الا الحيازة فى ذاتها ولا شأن لها بالملكية موضوع الحق .

أما دعوى الملكية فهى على العكس من ذلك تحمى الملكية موضوع الحق ولا شأن لها بالحيازة الا فى حالة ما اذا كانت الحيازة سببا من أسباب كسب الملكية .

ودعوى الحيازة لا تقتضى الا ان يثبت المدعى أن حيازته مستوفية لجميع شروطها بمعنى أنها حيازة قانونية .

أما دعوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشىء ، وهذا الاثبات الذى تتطلبه دعوى الملكية أشد مشقة واكثر عناء من اثبات مجرد الحيازة الذى تتطلبه دعوى الاحيازة ، لان الاثبات شاق ويقع عبئه على المدعى . ووجه المشقة فى هذه ان حق الملكية حق جامع مانع تجاه الناس كافة .

---

(٣٧) أنظر فى هذا حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٥٧٠ ، بتبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص٢٩٤ ، هامش تبيين الحقائق جـ٤ ص٢٩٤ .

(٣٨) أنظر ص      من هذا البحث .

لذا يلجأ المـالك عادة الى دعاوى(٣٩) الحيازة ليحمى بها حيازته تاركا مشـقة الاثبات بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز متحملا دون الحائز عبء اثبات الملكية(٤٠) .

ولم يعرف القانون طريقا يقينيا لاثبـات الملكية الا من خلال الطرق الثلاث وهى السجل العينى(٤١) ودلالته على الملكية دلالة قاطعة يقينية فيكون حجة فى مواجهة الجميع .

والطريق الثانى . التقادم المكسب الطويل أو القصير . فمتى اثبت المدعى حيازته للعقار مدة خمس عشرة سنة دون انقطـاع اذا كان سىء النية أو خمس سنوات بسبب صحيح اذا كان حسن النية ففى هـذه الحالة يكون التقادم الطويل أو القصير دليلا قاطعا على الملكية .

**والطريق الثالث** : الحيازة المستوفية لشروطها . وبوجه خاص أن لا تكون مقترنة باكراه ولم تحصل خفية ولم يكن فيها لبس ففى هـذه الحالة

---

(٣٩) دعاوى الحيازة هى :

١ — دعوى اسـترداد الحيـازة مادة ٩٥٨ — ٩٦٠ وهى ترفع لاسترداد الحيازة اذا سلبت من الحائز .

٢ — دعوى منع التعرض مادة ٩٦١ وهى ترفع لمنع التعرض الذى يقع للحائز على حيازته .

٣ — دعوى وقف الاعمال الجديدة مادة ٩٦٢ وهى ترفع لوقف أعمال جديدة تهدد الحائز ويخشى التعرض له من جرائها .

(٤٠) أنظر فى هـذا د . السنهورى فى الوسـيط جـ٩ ص٩٥٠ ، ص٩٥١ ، جـ٨ ص٦٠١ وما بعدها ، د . عبد الناصر توفيق العطار اثبات الملكية بالوصية والحيازة ص١٩ وما بعدها .

(٤١) وقد جعله المشرع المصرى حجة على الكافة فى اثبات ملكية العقار وعلى ذلك نصت المـادة ٣٧ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ على أنه « يكون للسجل العينى قوة اثبات لصحة البانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقـادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

تكون الحيازة قرينة قانونية على الملكية ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس(٤٢) وعلى ذلك نصت المـــادة ٩٦٤ مدنى « من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس » .

وبهـــذا أيضـــا قضت محكمـــة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٢/٢م فقد جاء فيه « أن الحيازة مجرد قرينـــة قانونية على الملك يجوز نفيها . فاذا كان الحـــكم قد انتهى الى ما قرره من نفى ملكية حائز الارض موضوع النزاع بأسباب موضوعية سائغة فانه لا يكون هناك محل للنعى عليه بالخطأ فى فهم أثر القرينة المستفادة من الحيازة المنصـــوص عليها فى المـــادة ٩٦٤ مدنى ذلك أن الحيازة مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نفيها(٤٣) .

لهـــذا نجد أن أغلب فقهاء القانون يذهبون الى أن الحيـــازة قرينة على الملكية مادة ٩٦٤ — فالحائز يكون مدعى عليه فى دعوى الاستحقاق — وكل ما يلزمه هو التمسك بحيازته فهى دليل على ملكيته ، وعلى خصمه يقع عبء اثبات عكس ذلك . وبناء على هـــذا الرأى فان الحيازة قد تســـتند الى حق أولا .

---

(٤٢) أنظر فى هـــذا : د . الســـنهورى الوســـيط جـ٩ ص٩٥٤ ، د . عبد الناصر العطار اثبات الملكية بالوصية والحيازة ص٢٠ ، ص٢١ ، د . محمد كامل مرسى الحقوق العينية الاصلية أسباب كسب الملكية الحيازة والتقـــادم المطبعة العالمية بالقاهرة سنة ١٩٤٩م ص٤٤ ، ص٤٥ .

(٤٣) أنظر فى هـــذا : الموسوعة الذهبيـــة للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ انشاءها اصدار الدار العربية للموســـوعات سنة ١٩٨٢ جـ٤ ص٧٨٨ ، نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض جـ٧ ص٦٢ وأيضـــا نقض ١٩٧٣/٤/١٩ مجمعة الاحكام السابقة س٢٤ ص٦٤٤ .

(٤٤) أنظر فى هـــذا : د . عبد الناصر العطـــار المرجع الســـابق ص١٤١ ، د . منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المصرى طبعة سنة ١٩٦٥ بند ١٧٠ ، د . حسن كيره الموجز فى أحكام القـــانون المدنى الحقوق العينية الاصلية أحكامها ومصادرها طبعة سنة ١٩٧٥ بند ٢٦٣ ، د . السنهورى جـ٩ ص٩٥٤ ، د . فرج الصدة حق الملكية ص٥٧٨ وما بعدها .

ولمــا كان عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الاصل فاذا ادعى الحائز أنه صاحب الحق كان عليه تبعا لذلك عبء الثبات لانه يدعى خلاف الاصل . ولمــا جعلت المــادة ٩٦٤م ن الحائز هو صاحب الحق حتى يقوم الدليل على العكس كان هــذا استثناء مـ نالقواعد العامة .

وهناك رأى آخر يرى أن الاصل فى الحائز أنه صاحب الحق وعليه فلا يصح ان يقال ان الحيازة قرينة على الملكية وذلك لان الاصل فى الحائز أن يستند فى حيــازته الى حق والا كان الامر فوضى والحقوق مهــددة بين النــاس(٤٥) .

ولكن المــادة ٩٦٤م قد جعلت الحائز مالكا حتى يقــوم الدليل على العكس فهى بهــذا تقرر أصلا لا استثناء فاذا ما تمســك الحائز بحيازته فانه يكن قد تمسك بالاصل ومن ينازعه فى ملكيته يدعى خلاف الاصل فيقع عليه عبء الاثبــات .

وقد استدل أصحاب الرأى الثانى والاخير بأدلة تفيد فى مضــمونها بأن الحائز انما يتمسك بالاصل وان المــادة ٩٦٤ قررت اصلا لا استثناء جاء فيهــا :

١ — ان القواعد العامة تقضى بأن الحائز هو المــالك أو صاحب الحق لان الظاهر يشهد له بذلك ومن يدعى خلاف الظاهر يقع عليه عبء الاثبات وفى هــذه الحالة يقع عبء الاثبــات على مدعى الملكية وهم فى ذلك يوافقون ما ذهب اليه جمهور(٤٦) فقهاء الشريعة الاسلامية من تقديم بينة

---

(٤٥) أنظر فى هــذا : د . عبد الناصر العطار اثبات الملكية بالوصية والحيازة ص١٤٤ ، و د . السنهورى ج٩ ص٩٥٤ ، د . فرج الصدة حق الملكية ص٥٧٨ وما بعدها .

(٤٦) أنظر فى هــذا للحنفية بدائع الصنائع ج٦ ص٢٣٤ ، للمالكية المدونة الكبرى ج١٣ ص١٨٧ وللشــافعية الام للامام الشافعى ج٦ ص٢٣٥ وللحنــابلة المغنى لابن قدامة ج١٠ ص٢٤٥ ، الظاهرية المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٣٦ وللشيعة الامامية شرائع الاسلام ص٢٢٤ .

الحائز بحيازته على بينة مدعى الملكية دون أن يطالب الحائز بحلف اليمين .

٢ — انه فى حالة رفض دعوى مدعى الملكية لعجزه عن اثبات ملكيته . فان الحكم الصادر برفض دعواه لا تكون له الحجية لصالح الحائز ، وهذا دليل قاطع على أن الحيازة ليست قرينة على الملكية لان القرينة ليست سوى دليل من الادلة . والحكم الصادر بناء على دليل يكون حجة . فلو كان الحكم قد صدر بناءا على هذه القرينة لكانت له الحجية .

٣ — واذا كانت المادة ٩٦٤ مدنى قد نصت على أن من كان حائزا للحق يعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس .

فانها تكون بذلك قد نصت على أصل من الاصول التى يتحدد فى ضوئها عبء الاثبات . وعبء الاثبات فى هذه الحالة يتحدد بحسب المألوف والظاهر والغالب . فمن يجوز الحق يعتبر صاحبه . وبالتالى يقع على من يدعى خلاف ذلك عبء الاثبات وعليه فعبء الاثبات هنا يقع على مدعى الملكية(٤٧) .

وبعد عرض هذه الادلة بايجاز يمكن القول بان الاصل فى الحائز أنه صاحب الحق وهذا ما أميل اليه .

غير إن الفقه القانونى قد أجاز للحائز أن يتملك الشىء بحيازته له المدة الطويلة مادة ٩٦٨ مدنى ورغم ذلك لم يجعل الاصل فى الحيازة استنادها الى حق . وانما جعل الاصل فيها أنها قد تستند الى حق أولا .

وعليه فلا يعتبر الحائز مالكا بحسب هذا الاصل الامر الذى يستدعى وضع قرينة تجعل الحائز صاحب الحق حتى يقوم الدليل على العكس .

وهذا ما أفادته المادة ٩٦٤ مدنى — فقد جعلت هذه المادة الحيازة قرينة على الملكية ويترتب على ذلك « ان من ينازع الحائز فى

---

(٤٧) أنظر فى هذا د . عبد الناصر العطار المرجع السابق ص١٤٣ وما بعدها ، د . عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص٥٧٧ .

حيازته يقع عليه عبء الاثبات بشرط أن تكون الحيازة قانونية مستوفية لشروطها(٤٨) .

## تعارض طرق اثبات الملكية العقارية

اتضح مما سبق بيانه ان الفقه القانونى اعتبر الحيازة قرينة على الملكية وان اثبات الحيازة يعتبر من طرق اثبات الملكية — ولما كانت دلالة الحيازة على الملكية دلالة ظنية غير يقينية فانها ربما تتعارض مع أدلة أخرى عند طلب تثبيت الملكية . وذلك كما لو عارض أحد الحائز وتمسك بسند تمليك أو غيره من طرق اثبات الملكية .

وهنا نجد أن لكل من الفقه والقضاء اتجاها فى هذه المسألة .

فالفقه المصرى عند تعارض طرق الاثبات يتجه الى ترجيح من يستند الى دليل قطعى وهو السجل العينى ثم التقادم فيما هو غير ثابت بالسجل العينى . فان لم يوجد هذا الدليل القطعى . نظرنا الى الحيازة من ناحية استيفاءها لشروطها القانونية .

وهنا يكون الحائز مالكا اذا استوفت الحيازة شروطها ما لم توجد قرينة أقوى بحيث تكون داحضة لقرينة الحيازة .

فان لم توجد هذه القرينة فان دعوى الملكية تكون مرفوضة ويبقى الحائز ملكا .

والقرينة التى تدحض قرينة الحيازة يجب أن يترك أمر تقديرها للقاضى(٤٩) .

---

(٤٨) أنظر فى هذا د . السنهورى فى السيط جـ٩ ص٩٥٣ وما بعدها ، د . عبد الناصر توفيق العطار اثبات الملكية بالوصية والحيازة ص١٤٤ وما بعدها ، د . عبد المنعم فرج الصدة حق الملكية ص٥٨٠ وما بعدها .

(٤٩) أنظر فى هذا : د . عبد الناصر العطار ص١٥٣ ، د. السنهورى جـ٩ ص٩٥٤ وما بعدها ، جـ٨ بند ٣٨٠ .

هـــذا عن اتجاه الفقه المصرى .

ونظرة الى القضاء المصرى عند تعارض طرق اثبات الملكية العقارية يتضح لنا انه يتجه الي مسلك تفصيلى من ناحية تفضيل من يســـتند الى أدلة تجعل الظاهر يشـــهد له أنه المـــالك .

**أولا :** يفضـــل من يتمسك بالسجل العينى ثم من يتمســـك بالتقادم المكسب . فقد نص المشرع المصرى فى المـــادة ٣٧ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ على أن يكون للسجل العينى قوة اثبات لصـــحة البيـــانات الواردة فيه ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالســـجل » .

ومن هـــذا النص نأخذ أن الســـجل العينى دليل قاطع على الملكية وعلى ذلك يفضل من يتمسك به على من يتمسك بالتقادم(٥٠) .

اما فى نظام السجل الشخصى الذى صدر به قانون ١٨ لسنة ١٩٢٣ وقانو الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فيفضل من يتمسك بالتقادم المكسب ويليه من يسبق الى تسجيل عقدة كقاعدة عامة .

لان وضـــع اليد المدة الطويلة اذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مســـتقلا عن غيره من أسباب اكتسابها ويعفى واضع اليد الذى يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته وصـــحة سندها وبهـــذا قضت محكمة النقض حيث جاء فى حكمها « اذا وضع الحائز يده بناء على وصـــية ولكنه استند فى ملكيته الى التقادم ، وكان الحـــكم قد نفى نية التملك استنادا الى بطلان الوصـــية أو عدم تســـجيلها فانه يكون قد جانب صحيح القانون »(٥١) .

---

(٥٠) أنظر فى هـــذا : د . السنهورى جـ٩ ص١٣٦ ، د. عبد الناصر المرجع الســـابق ص١٥٥ وما بعـــدها .

(٥١) نقض ١٩٦٨/٤/٩ مجموعة الاحكـــام س١٩ ص٧٤١ ، نقض ١٩٦٤/٦/٢٥٠ س١٥ ص٨٩٠ ، نقض ١٩٦٣/١/١٧ س١٤ ص١١١ .

فلو تملك الحائز الشيء الذى يحوزه بالتقادم المكسب بسند غير مسجل أو بلا سند اصلا قبل حصول الخصم على سند التمليك فان الحائز يفضل فى هذه الحالة حتى ولو كان سند خصمه مسجلا وبهذا يوافق الفقه القانونى ما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية(٥٢) .

كذلك لا مفاضلة بين سندات التمليك المسجل مادام لم يطالب بحقه حتى اكتملت مدة التقادم المكسب للحيازة وبهذا قضت محكمة النقض(٥٣) وفى حالة عدم ثبوت التقادم لصالح أحد الخصوم فالغيرة بالاسبقية فى التسجيل ، ولا عبرة بالغش والتواطؤ ، وهذا ما قضت به محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١٠/٢٨ حيث جاء فيه « مادام ان عقد الطاعن يفضل عقد المطعون عليه لاسبقيته فى التسجيل فان الملكية تكون قد انتقلت فى الظاهر الى الطاعن بالعقد . فاذا ادعى المطعون ضده انه كسب هذه الملكية بالتقادم ، فهذه من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الامر فعليه عبء اثباتها . فاذا القت المحكمة على الطاعن كذلك عبء اثبات تملكه بالتقادم فيكون من الخطأ تأسيس القضاء برفض دعوى الطاعن على مجرد اخفاقه فى اثبات ما هو غير مكلف قانونا باثباته(٥٤) .

**ثانيا :** اذا كان لدى كل من الحائز وخصمه سند تمليك .

---

(٥٢) أنظر فى هذا للاحناف السرخسى ج١٧ ص٣٣ ، للمالكية المدونة الكبرى للامام ج١٣ ص١٨٧ وللشافعية حاشية قليوب وعميره ج٤ ص٢٤٤ ، للحنابلة المغنى والشرح الكبير ج١٢ ص١٨٢ وللظاهرية المحلى لابن حزم الظاهرى ج٩ ص٤٣٦ وللشيعة الامامية شرائع الاسلام ص٢٢٤ .

(٥٣) نقض ١٩٥٠/١٢/٧ مجموعة القواعد القانونية ج١ ص٤٥٨ رقم ٥٠ .

(٥٤) مجموعة الاحكام س١٦ ص٩٢٩ ، نقض ١٩٤٩/١/٢٧ الموسوعة الذهبية القواعد القانونية ج٤ ص٥٨٣ .

يتعين على القاضى فى هـذه الحالة المفاضلة بين السندين دون أن ينظر الى الحيازة . والقاعدة هنا تفضيل السند الاسبق فى التسجيل مادام قد صدر من مالك لان الظاهر يشهد لمن سبق الى تسجيل عقده(٥٥) .

وهـذا ما قضت به محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٥/١٣م فقد جاء فيه « اذا كان الحكم قد فضل التسجيل السابق لدائن البائع على التسجيل اللاحق للمشترى منه على أساس ان الدائن لم يكن عالما بسبق البيع الى المشترى فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق المادة ٢٧٠ من القانون المدنى ، واذا كان قد رتب على انتفاء علم الدائن انتفاء نية الاضرار بالمشترى فليس فى ذلك ما يفيد انه قال بان سوء النية فى معنى المادة المذكورة انما هو نية الاضرار »(٥٦) .

وحيث قلنا بتفضيل صاحب السند الأسبق فى التسجيل فان تفضيله يكون كالآتى :

١ — اذا كان سند كل من الحائز وخصمه صادرا عن مالك واحد كأن يبيع المالك العقار لشخص حائز له ثم يبيعه ثانيه لآخر .

ففى هـذه الحالة نجد أن أحكام قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ وأحكام قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ تجعل الافضلية لمن سبق الى تسجيل عقده دون أى نظر الى الحيازة .

وبذلك قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ اذ جاء فيه « ان الملكية وفقا لأحكام قانون التسجيل رقم ١٨

---

(٥٥) أنظر : د . عبد الناصر العطار المرجع السابق ص١٥٨ ، عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص٥٧٧ .

(٥٦) أنظر فى هـذا طعن رقم ١٥٤ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٥/١٣ الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية جـ٤ ص٥٨٣ ، نقض ١٩٥٧/١/٢٤ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ ص٧٠٦ رقم ٢١ .

لسنة ١٩٢٣ لا تنشأ ولا تزول ولا تنتقل بين الاحياء الا بالتسجيل فاذا لم سجل المشترى عقد شرائه وتصرف البائع الى مشتر ثان سجل عقده انتقلت اليه الملكية بغض النظر عن حسن نية البائع أو سوء نيته وبغض النظر عن أيهما الحائز فالمحكمة لم تجعل للحيازة دورا هنا وجعلت المفاضلة تتم على أساس الاسبقية فى التسجيل ... الخ(٥٧) .

وبذلك لا يقبل من الحائز الذى لم يسجل عقده الاحتجاج بحيازته اذ يفضل عليه من سبقه الى تسجيل عقده .

٢ — ان اتجاه محكمة النقض الى تفضيل من يستند الى دليل يجعل الظاهر يشهد له بانه المالك هو الذى يوضح اتجاهها الى تفضيل من سبق الى تسجيل عقده الصحيح الصادر لصالحه من مالك العقار حتى أو كان هناك ادعاء بان البيع كان نتيجة تواطؤ أو غش أو خديعة وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض . فقد قضت « بان تمسك مشترى العقار بان العقد المسجل الصادر من البائع لمشتر آخر قد داخله الغش والتواطؤ لا يجدى ، اذ العبرة فى المفاضلة بينهما بعد صدور قانون التسجيل هى بأسبقية التسجيل »(٥٨) .

٣ — فى نظام التسجيل الشخصى الصادر به قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ يفضل السند الصحيح الاسبق فى التسجيل الصادر من الوارث مع مراعاة شهر حق الارث على السند غير المسجل الصادر من المورث لانه لا ينقل الملكية الى المتصرف له . لان السند الصحيح الصادر

---

(٥٧) نقض ١٩٥٥/٢/٣ مجموعة القواعد جـ١ ص٣٧٧ وأيضا نقض ١٩٤٩/١/٢٧ المجموعة السابقة جـ١ ص٣٢٦ ونقض ١٩٣٥/١٢/١٢ الموسوعة الذهبية جـ٤ ص٥٨٠ ، ص٥٨١ .

(٥٨) أنظر فى هذا نقض ١٩٤٩/١/٢٧ الموسوعة الذهبية المرجع السابق جـ٤ ص٥٨٢ ، نقض ١٩٦٦/٣/١ مجموعة الاحكام س١٧ ص٧٢٤ ، نقض ١٩٧٨/١١/١٢ الموسوعة الذهبية المرجع السابق جـ٤ ص٦٠٢ .

من الوارث مع التسجيل يجعل الظاهر شاهدا له بأنه المالك فيقضى لصالحه .

وهذا ما قضت به محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٦/٢٨ فقد جاء فيه « مؤدى نص المادة التاسعة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ان الملكية لا تنتقل الى المشترى الا بتسجيل عقد البيع وان العقد الذى لم يسجل لا ينشأ سوى التزامات شخصية بين طرفيه . فاذا لم يسجل المشترى من المورث عقده فلا تنتقل اليه الملكية ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه الى ورثته فاذا تصرف الوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار فانه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وان كان غير ناقل للملكية مادام لم يتم تسجيل العقد »(٥٩) .

٤ — اذا كان سند أحد الخصمين مسجلا وصادرا من مالك وسند الخصم الآخر مسجلا أيضا الا أنه صادر من غير مالك .

وفى هذه الحالة نجد القضاء يفضل صاحب السند المسجل الصادر من المالك على صاحب السند المسجل الصادر من غير مالك بصرف النظر عن الاسبقية فى التسجيل لأن الظاهر يؤيد ذلك(٦٠) .

٥ — واذا كان أحد السندين مسجلا والآخر غير مسجل فالقاعدة فى هذه الحالة تقضى بتفضيل(٦١) صاحب السند المسجل مادام صحيحا صادرا من مالك لان الظاهر يؤيد دعواه ، اما اذا كان السند المسجل صادرا

---

(٥٩) أنظر نقض ١٩٧٧/٦/٢٨ الموسوعة الذهبية المرجع السابق جـ٤ ص٦١١ ، ص٦١٢ .

(٦٠) أنظر نقض ١٩٦٨/٤/١٨م الموسوعة الذهبية المرجع السابق جـ٤ ص٥٩٢ ، نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ الموسوعة الذهبية السابقة جـ٤ ص٥٩١ .

(٦١) نقض ١٩٧٧/٦/٢٨ الموسوعة الذهبية المرجع السابق جـ٤ ص٦١١ ، ص٦١٢ .

من غير مالك بينما السند غير المسجل صادرا من مالك نجد ان الظاهر لا يؤيد ايا منهما الا بوجود قرائن أخرى .

والسبب فى أن الظاهر لا يؤيد(٦٢) ايا منهما ان السند المسجل الصادر من غير مالك لا ينقل الملكية لعدم تسجيله .

فقد تجد محكمة النقض ان صاحب الحيازة الصادر لصالحه سند غير مسجل من المالك ظاهرا مؤيدا لدعوه . وقد ينبه صاحب السند الغير مسجل الصادر له من مالك الى تسجيل سنده وفى هذه الحالة يكون الظاهر شاهدا ومؤيدا له فيفضل على خصمه(٦٣) .

**ثالثا** : اذا كان لدى الحائز أو خصمه سند تمليك .

ففى هذه الحالة وكما هى القاعدة يفضل من يستند الى أدلة تجعل الظاهر شاهدا له وبهذه المسألة عدة أحوال :

١ — اذا كان بيد الحائز سند تمليك صادر من مالك وليس بيد خصمه سند تمليك ، وانما يستند الخصم الى قرائن أخرى كدفع ضرائب العقار المتنازع عليها مثلا ففى هذه الحالة تفضل الحائز صاحب سند التمليك الصادر له من المالك سواء كان هذا السند مسجلا أو غير مسجل لان الحيازة والسند يجعلان الظاهر مؤيدا لدعوى الظاهر وهذا ما قضت به محكمة النقض(٦٤) .

٢ — واذا كان لدى الحائز سند تمليك مسجل أو غير مسجل وكان صادرا من غير مالك بينما لا يوجد مع خصمه سند تمليك وانما كان يستند الى قرائن أخرى ففى هذه الحالة ينظر القاضى فى جميع الظروف المحيطة بالدعوى ثم يحكم لمن شهد له الظاهر(٦٥) .

---

(٦٢) أنظر فى هذا د . عبد الناصر العطار المرجع السابق ص١٦٩ .

(٦٣) أنظر فى هذا . عبد الناصر العطار المرجع السابق ص١٨٩ .

(٦٤) نقض ١٩٥١/١١/١٩ مجموعة القواعد جا ص٤٥٦ ، نقض ١٩٧٢/٣/٢٣ س٢٣ ص٤٨٧ ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية ج٤ ص٥٩٧ .

(٦٥) أنظر فى هذا د . عبد الناصر العطار المرجع السابق ص١٧١ ، د . الصدة ص٥٧٧ .

٣ — اذا كان لدى الخصم سند غير مسجل وصـــادر من مالك فى الظاهر بينما لا يوجد لدى الحائز سند تمليك او يوجد لديه سند تمليك ولكنه لا ينطبق على موضوع النزاع — ففى هــذه الحالة نجد أن محكمة النقض(٦٦) تقضى لصالح من كان لديه سند تمليك غير مسجل صادر من المــالك باعتبار ان الظاهر شــاهد ومؤيد له ما لم يثبت الحـائز أنه المــالك وفى هــذه الحالة نجد أن القضاء المصرى قد وافق ما ذهب اليه البعض(٦٧) من فقهــاء الشريعة الاســلامية .

٤ — اذا كان لدى الخصم سند غير مسـجل صادر من غير مالك بينما لا يوجد لدى الحائز سند تمليك ففى هــذه الحالة يكون مركز الحائز أقوى فهو مدع عليه فى دعوى الاستحقاق ويقع على خصمه عبء الاثبات(٦٨) فاذا عجز الخصم رفضت دعواه وظل الحائز مالكا دون أن يكلف بأى دليل لان الاصل فى الحائز انه المــالك هــذا اذا كانت الحيازة قانونية مستوفية لشروطها . أما اذا كانت الحيازة عرضية فان القاضى يوازن بين الادلة بحيث لا يحـكم الا لمن يشـهد له الظاهر .

**رابعاً** : اذا لم يكون لدى كل من الحائز وخصمه سند تمليك .

ويتحقق ذلك فى حالة ما اذا استند احدهما او كلاهما الى الحيازة او الى شهادة الشــهود أو الى اى أوراق ادارية أو الى غير ذلك من القرائن دون ن يستند احدهما الى ســند تمليك أو الى التقادم او الى الســجل العينى .

ففى هــذه الحالة يترك الامر للقاضى يحـكم لمن شــهد له الواقع ويكون الظــاهر مؤيدا له(٦٩) .

**د . محمد حسن عبد الرحمن**

**تم بحمــد الله تعــالى**

---

(٦٦) نقض ١٩٦٧/٢/٢٤ س١٨ ص١٩٠ ، الموسوعة الذهبية المرجع الســابق جـ١ ص٢٦ .

(٦٧) انظر فى هــذا للاحنــاف حاشــية ابن عابدين جـ٥ ص٥٧٠ وللمالكية الشرح الكبير جـ٤ ص١٩٥ وللشافعية المهذب للشــيرازى جـ٢ ص١٧٣ .

(٦٩) أنر فى هــذا د . عبد الناصر العطار المرجع السابق ص١٧٣ ، ص١٧٤ ، د . عبد المنعم فرج الصدة حق الملكية ص٥٧٧ .